3B 14

✠

JESVS. MARIA. IOSEPH.

POR

EL DVQVE DE HIJAR:

Conde de Salinas, y de Ribadeo.

CON

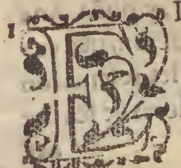
El Duque de Pastrana, Principe de Eboli.

Y

El defensor de los bienes libres de los Principes de Eboli Ruigomez de Silua, y doña Ana de Mendoça, su muger.

SOBRE

Los frutos de la Encomienda de Herrera, de que fue Comendador don Diego de Silua Marques de Alenquer su hijo.



1 L Duque de Hijar, como hijo, y heredero cō beneficio de inuentario, del dicho don Diego de Silua Marques de Alenquer pretende, que el Consejo se ha de seruir de confirmar, en lo fauorable, y reuocar, y emendar en lo

 per-

perjudicial ſu ſentencia, por la qual condenaron a los bienes libres del Principe Ruigomez, y a ſu defenſor, y al Duque de Paſtrana, como ſu heredero con beneficio de inuentario, a que paguen al Duque de Hijar del tiempo, que el Principe Ruigomez, adminiſtrò, y cobrò la dicha Encomienda deſde doze de Nouiembre del año de mil y quinientos y ſetenta y dos, que fundò el mayorazgo de Paſtrana, haſta que murio, vn quento quatrocientos y treinta y quatro mil ochocientos y ochenta y ſeis marauedis. Y aſsimiſmo condenaron a los bienes libres de la Princeſa doña Ana de Mendoça, y al dicho ſu defenſor, y al Duque de Paſtrana, como ſu heredero, a que paguen al Duque de Hijar, por cada vn año de los que adminiſtrò, y cobrò las rentas de la dicha Encomienda de Herrera a razon de a cincuenta mil reales cada año. Y aſsimiſmo condenaron a los dichos bienes libres del Principe Ruigomez, y ſu defenſor a que paguen al Duque de Paſtrana, y al mayorazgo de Melito diez y ſeis mil ducados, que el año de mil y quinientos y cincuenta y ſeis el Duque de Francauila, y el Principe Ruigomez, como ſu fiador ſacaron de los veinte y ocho mil ducados, que eſtauan depoſitados de la venta de las caſas del mayorazgo en Toledo. Y aſsimiſmo condenaron a los dichos bienes libres, y ſu defenſor, a que paguen al Duque de Paſtrana, y reintegren a ſu mayorazgo: de todo lo q̃ ſe aueriguare, y liquidare en execucion de la carta executoria deſta ſentencia auer enagenado la dicha Princeſa D. Ana de Mendoça de los bienes del dicho mayorazgo de Paſtrana, que fundò juntamente con el Principe Ruigomez de Silua ſu marido, y lo que dexò de fundar, y ſubrogar en el dicho mayorazgo conforme a la eſcritura de ſu fundacion, y todo lo demas, que el dicho Duque de Paſtrana, y ſu padre, y abuelo huuieren pagado, y laſtado por razon de legitima, y otros derechos a ſus hermanos, hijos de los dichos Principes de Eboli Ruigomez de Silua, y doña Ana de Mendoza ſu muger. Y en quanto a la prelacion, que cada vno pretende en los dichos bienes libres les reſeruaron ſu derecho, para que en el concurſo de acreedores de los bie-

nes

nes libres de los dichos Principes de Eboli sigã, y pidã su justicia, como les conuenga.

2 Del hecho ay memorial impresso; mas porque no està ajustado con las partes, se han dado por la del Duque de Hijar las aduertencias, que se han ofrecido, a que nos remitimos: y assi suponiendolas, se passa a fundar su derecho.

3 Y para mayor claridad se diuide este discurso en tres articulos.

4 En el primero se examinarà la escritura de veinte y cinco de Febrero de quinientos y ochenta y quatro, por la qual se pretende, que el dicho don Diego de Silua, Marques de Alenquer cedio, y renunciò en fauor de la Princesa su madre los frutos de la dicha Encomienda.

5 En el segundo, se tratarà del Breue de la Santidad de Pio V. y de la merced que en su virtud la Magestad del señor Rey don Felipe Segundo hizo a don Diego de Silua de la dicha Encomienda. Y se responderà a algunas oposiciones contrarias.

6 En el tercero de los creditos de terioraciones, y prelaciō que pretende el Duque de Pastrana.

7 Y en todos tres es llana la justicia del Duque de Hijar, como se fundarà, y prouarà en cada vno dellos.

Articulo Primero.

De la escritura de veinte y cinco de Febrero de quinientos y ochēta y quatro, por la qual se pretende, que el dicho don Diego de Silua Marques de Alenquer cedio, y renunciò en fauor de la Princesa su madre los frutos de la dicha Encomienda.

8 EL Duque de Pastrana, y el defensor de los bienes libres reconociendo, que es constante, que el Principe Ruigomez en su tiempo, y la Princesa en el suyo administraron, y cobraron los frutos, y rentas de la dicha Encomienda de Herrera, y que està liquidado su valor, que passa de mas de cincuenta y quatro mil y quinientos reales en cada vn año, quitadas las cargas, y obligaciones. Y que solo

solo parece por las cuentas, que dio Iuan de Mogollon de Ouando, que la admistrò en virtud de sus podores; sino que està calificado por el Consejo, en la execucion que se hizo por los frutos, que percibio el Principe hasta el dia de la fundicion del dicho mayorazgo de Pastrana. Y que estan satisfechos, y compensados los alimentos, gastos, dadiuas, y demas pretensiones: y que estan verificados los estremos necessarios para obtener en su intento el Duque de Hijar, como todo se manifiesta del pleyto, de su memorial, y de las aduertencias hechas a el, se acogen a el refugio, de que estan remitidos, y renunciados todos los frutos de la dicha Encomienda.

9 Para lo qual se valen de la dicha escritura de veinte y cinco de Febrero de quinientos y ochenta y quatro, en que el dicho don Diego de Silua, Duque de Francauila, Marques de Alenquer, dà poder en causa, y fecho proprio especial, y expressamente, para que en su nombre, y para si misma, pueda recibir, auer, y cobrar en juyzio, y fuera del todos los frutos, y rentas, y prouechos de la dicha Encomienda de Herrera, y luego dize: *Assi los que al presente estan caidos, y se me deuen, como los que adelante cayeren, y se me deuieren, y todo lo demas, que me pertenece, assi de la dicha Encomienda, como todas las demas rentas, frutos, y aprouechamientos de otros qualesquier mis bienes, y hazienda que tengo en qualesquiera partes, y lugares: lo qual todo su Excelencia ha de auer, y cobrar, o quien su poder huuiere, aya, y cobre todos los largos dias de su vida de todas, y qualesquier personas, &c.* Y mas abaxo añade. *Y le asseguro, que las dichas rentas me son deuidas, y no pagadas, lo qual todo quiero, y es mi voluntan, que su Exelencia aya, y cobre por todos los dichos largos dias de su vida, para que con ellos se pueda alimentar, y para otras necessidades que tiene, o tuuiere, de lo qual todo pueda disponer a su voluntad, y libre aluedrio, y como quisiere, y por bien tuuiere, sin que se le pueda pedir, ni demandar cuenta de las dichas rentas, e frutos, assi de la dicha mi Encomienda, como de las demas rentas, que en qualquiera manera me pertenecen, y me obligo de no reuocar este poder en manera alguna, &c.* mem. num. 12.

Esta

10 Esta escritura tiene nulidades, y defectos insanables, porque en la sustancia, y en quanto al efeto viene a ser vna donacion, no solo de los frutos de la dicha Encomienda, sino de lo demas que en qualquiera manera le pertenecia, con q̃ es comprehẽsiua de todo lo que tenia: y asi no puede obstar mas que sino se huuiera otorgado, ex l. stipulatio hoc modo concepta, de verb. oblig. Bart. ibidẽ, & in l. vltima num. 11. C. de pactis, & in cons. 18. in princip. lib. 2. Paul. Castrens. cons. 82. in fine, lib. 2. Crauet. cons. 139. num. 9. Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 13. tit. 26. num. 14. cum seqq.

11 Lo qual procede, aunque en la donacion interuenga juramento, porque siendo vniuersal, se entiende hecha contra bonos mores, d. l. stipulatio hoc modo concepta, cui cõsequens est dicere, vt iuramentum superinde interpositum, nullius sit momenti, cap. non est obligatorium, de reg. iur. in 6. Abbas cons. 48. num. 1. ad finem, Cagnol. in l. vltima, num. 220. C. de pactis, & ibidem Purpur. num. 240. Curt. Iun. cons. 25. num. 5. Socin. Sen. cons. 126. num. 8. lib. 3. Roland. cons. 59. num. 1. & cons. 65. nu. 2. lib. 1. Iul. Clar. lib. 4. sentent. §. donatio, quæst. 20.

12 Por lo menos es innegable, que siendo como era menor don Diego, por mas justa que fuera la causa, y con autoridad de curador, que lo que mas es, aunque fuera vna donacion propter nuptias, que auia de ser con moderacion congruente, como lo dize el text. en la l. 1. C. si aduers. donat. ibi: *Si quæres ante nuptias congruenti moderatione a minore annis vigintiquinque marito sponsaliorum tempore etiam curatore præsenti tibi donata sunt*. Pero siendo la donacion tã excessiua, y hecha por solo don Diego, y quedandose sin nada, y sin causa justa, y proporcionada, para desapropiarse de todo, es infalible que no puede, ni deue tener subsistencia, y q̃ quedò leso, y damnificado enorme, y enormissimamẽte, Alciat. cons. 107. nu. 11. Mar. Socin. cons. 47. num. 7. vol. 4. Fab. de Ann. cons. 72. num. 24. Pereg. cons. 77. num. 35. vol. 1. & decis. 8. nu. 8. in fin. Statil. Paciphic. de Saluian. interd. decis. 114. per tot. Staphan. Gratian. discep. forens.

cap.513.num.18.tom.3.Farin.in nouiſ.tom.2.part.2. deciſ.709.num.3.

13 Y ſi bien Pedro Surdo conſ.87.num 13.& conſ.114. nu. 11.procura fundar, que en la donacion, o fiança, que hazo el menor, no ſe puede conſiderar leſion enorme, ni enormiſsima. Lo contrario es mas cierto, comun, y verdadero, como lo ſietẽ los autores referidos, y lo reconoce el miſmo Surdo en el conſ.46.num.15.ibi: *Similiter conſideratur læſio in donatione, quando vltra dimidium ſuarum facultatum minor largiretur*: y con mas facilidad lo reconociera en eſte caſo, pues la donacion, no ſolo es demas de la mitad de los bienes del menor, ſino de todos los que tenia.

14 Sin que por el juramento que contiene, ſe pueda oponer de la diſpoſicion del text. in auth. Sacramenta puber.C. ſi aduerſ.vendit. porque no procede quando el menor, que jurò eſtà leſo enormiſsimamente, vt poſt alios traddit Aloiſ.in d.auth.Sacram.puber.num.6.Mar.Socin.conſ.263.nu.4. vol.2.& conſ.47.num.39.& 40.vol.3.Aflict.deciſ.222.Cephal.conſ.34.num.20.& 21.vol.1.Greg. Lop. in l. 59. tit. 18.part.3.gloſ.4.verbo que valieſſe: donde, hablando del menor, dize: *Si tamen læſus eſt enormiter, contrauenire poſſet, non obſtante iuramento*, & in l.56.tit.5.part.5.Surd.conſ.88. num.11.& 12.Fontan.de pact.nuptialib.clauſ.4.gloſ.18. part.3.num.54.

15 La razon entre otras es, porque el juramento tiene ſus limites: nempe veritatem, iudicium, & iuſtitiã: y quando la leſion es enormiſsima, ſe preſume, que ay dolo re ipſa, argum l.omnes, §. Lucius, ff. de his quæ infraud.credit. el qual ſe equipara al dolo ex propoſito, como ſe nota en la l. ſiquis cum aliter, ff. de verb.oblig. Y donde ay dolo, no impide el juramento, cap.cum contingat, de iur.iurand. cap.quamuis pactum, de pact in 6.ibi: *Si tamen iuramento non vi, nec dolo præſtitum firmatum fuerit*, & traddunt communiter Scribentes in d.auth.Sacram.puber.& conducũt eius verba: *Per vim autem, vel per iuſtum metum extorta etiam a maioribus, nullius eſſe momenti iubemus*. Y en terminos de donacion que quando es de todos los bienes, aunque ſea ſolamente de los preſentes, lo conſideran Ioan. Lup.& alij, quos refert Matienç.

in

in l.8.tit.10.lib.5.Recop.glos.1.nu.3.vers. *Quia ex tam immensa donatione præsumitur fraus.*

16 Esto que es llano de derecho comun, es mas preciso por derecho municipal destos Reynos, porque por la l.7.tit.12. lib.3. fori, y por la l.69. de Toro, que es la l.8.tit.10.lib.5. de la nueua Recop. expressamente se prohibe la donacion de todos los bienes, aunque sea de los presentes, vt patet, ibi: *Ninguno pueda hazer donacion de todos sus bienes, aunque la haga solamente de los presentes,* Dom. Ludou. Molin. de Hisp. primog. lib.2.cap.10.num.12 ibi: *Quod nedum in donatione, quæ vniuersa bona præsentia, & futura comprehendit, procedit, sed & in ea, quæ ex solis bonis præsentibus fit, verum est, prout ex l.69. Tauri, quæ hodie est, l.8. tit.10.lib.5 in noua leg. colect. decisum est, quamuis iure communi inspecto donatio omnium bonorum præsentium valida sit, cum possit donator de bonis futuris testari,* con que se corrige la opinion de los que sentian lo cõtrario por el text. en la l. omnes, §. Lucius, ff. de ijs quæ in fraudem creditorum, y la razon de decidir es arto acomodada al caso, scilicet: *Quia expedit Reipublicæ ne quis re sua abutatur, neve prodigaliter vtatur,* l. Imperator, ff. ad Senat. Consult. Trebel. §. fin. in tit. de ijs qui sunt sui, vel alien. iur. l. vnica, §. final. C. de cad. tollend. cum simil. Y si ninguno conforme a estas leyes Reales puede hazer semejante donacion, bien se vè que mucho menos la puede hazer vn menor, y sin autoridad, ni solemnidad alguna: *Omnes si quidem quod est nimium, vertitur in vitium,* vt in auth. in immensis donationibus, §.1. colat.7.& ibi glos.

17 A que se junta otro defeto, que por si solo basta, porque se auia de auer insinuado, y de otra manera no puede tener valor la donacion, l. sancimus, C. de donationibus, §. aliæ inst. eodem, l.9.tit.4.part.5. Dueñas reg. 222. Cesar Barc. decis.25.num.2. Ioan. Bap. Costa de retrotract. cap.8. casu 24. num.1. Cuyo defecto es insanable, porque la insinuacion es de derecho publico, Paul. cons. 340. a nu.4. & 386. in princip. lib.1. & cons. 90. lib.2. Rebuf. in tract. de donat. insinuand. glos. vltima.

18 De que se infiere, que el juramẽto no suple este defecto, vt post Aretin. Corn. Crotum & alios tradunt Laderch.

cõs.

conſ.8.num.14. Menchac. de ſucceſ.creat.1.part. §. 5. nu. 4. y antes lo dixo Bald.en el conſ.375.num.3. volum. 3. ibi: *Sed videamus in propoſito, an ei obſtet iuramentum, & dicendũ eſt, quod non ſuficit iuramentũ vbi requiritur inſinuatio; vt plenè notatur per Bart. ff. de fideiuſſorib. l. ſi quis pro eo: nam inſinuatio requiritur, vt fraudibus obietur, maximè cõiunctorum, & c.*

19 A Baldo ſiguen muchos autores, y en particular Abb. Panormit.conſ.36.in princip.col.2.in fine, verſ. An valeat donat.lib.2.Bald.Nou.conſ.78.inter conſ.Socin.num.2. verſ. Quia lex ciuil.lib.1.Card.Thuſc.lit.I. cõcluſ. 195. per tot. max.nu.27.

20 Y aunque ſea queſtion reñida, y los autores ſe diuidan en opiniones, y ſigan la afirmatiua los que refieren Gutierrez in l.nemo poteſt.num.340.de leg.1.Camil.Borel.in ſumma deciſ.tit.60.de iuram.tom.1.num.118. Otros muchos defienden la negatiua, como demas de los que eſtan alegados ſe puede ver de los que refieren Tiraquel.de reuocand.donat. in princip.num.159 Ant.Gab.lib.3.tit.de donat. concluſ. 1. num.72. Peregrin.conſ.73.in fine, Ceual.cum.contra cõm. q.222.Fachin.lib 3.controuerſ.cap.83.

21 Y como quiera que ſea, la verdadera diſtincion es entre eſtas dos opiniones, que para que ſe ſupla el defecto de la inſinuacion por el juramento, es neceſſario, que debaxo del ſe haga renunciacion eſpecial de la inſinuacion, y en eſtos terminos ſe ha de entender la opinion afirmatiua; pero ſi el juramento no ſe interpone eſpecificamente ſobre la renunciacion de la inſinuacion, no baſta que el juramento ſea general, y caiga ſobre todo, pro vt diſtingunt Andr.ad Speculat. tit.de inſtrum.edit, §.porrò rubr.de donat.cauſ. mor. & inter viuos, in fine, verb. *minus*, verſ *Sed quid ſi renuntians*, Cornèus conſ 69.num.18.lib.2.Fanut.de inuentar. part. 7. nu. 287. latè Bern.Greuenſ.practic.concluſ.lib.2.concluſ.19.dõde refiere los autores de ambas opiniones, y en el nu. 6. ſigue eſta diſtincion, ibi: *Declaratur proinde affirmatiua a domino Gail approbata opinio vera ſit, quando donans expreſſim diſertis verbis in ſpecie inſinuationem renuntiaſſet cum iuramento: negatiua vero ſi renuntiatio eiuſmodi ſpecifica facta non eſſet, ſolide hanc declarationem comprobauit Rota Senenſ. inter deciſ.*

por

*per Cauialcanum colect. decis. 65 num.*41. Y esta misma concordia admiten Dueñas regula 224. fol. 5. el Adicionador de Seraphino in tract. de priuileg. iurament. priuileg. 73. num. 14. Moccius de contractib. tit. de donat. num. 2. Alex. Raud. respons. 26. sub num. 121. ibi: *Neque iuramentum tale defectum supplet, præsertim quando non fuit renuntiatum inspecie insinuationi.* Costa in tractatu de rationeratæ, quæs. 125. nu. 12. *Dummodo præcedat renuntiatio specialis in sinuationemem, nō suffitiente iuramento simpliciter præstito.* Y assi pues en esta donacion, no renunciacion especial de la insinuacion, ni el juramento, cae sobre ella particularmēte, es cierto que no basta que el juramento se interpusiesse generalmēte, conforme a la distincion comun, que se ha referido.

22 Quādo esto cessara, como no cessa, tiene la opinion afirmatiua vna limitacion muy propria deste caso, scilicet, quando a la disposicion de derecho comun cerca de la insinuacion se junta estatuto particular, o ley municipal, q̄ ordena lo mismo en el Reyno, o Prouincia donde se haze la donacion, vt traddunt Puteus decis. 243. num. 1. lib. 3. Camil. Borel. tit. de iurament. num. 121. Y en Castilla es notoria la l. 9. tit. 14. part. 5. que està citada: la qual no se contenta, con que se haga la insinuacion, sino que manda que sea delante del mayor juzgador del lugar, donde se celebrare la donacion, de que infiere Iuan Gutierrez de iuramento confirmatorio, prima parte cap. 7. num. 15. cum seqq. que si huuiera en el lugar donde se haze la donacion Alcaldes ordinarios, no bastara que se insinuara ante ellos, sino que era necessario, que fuesse ante el Iuez mayor, y en Portugal se deue hazer la insinuacion, vel coram Rege, vel eius Senatoribus, como refiriendo la ley, lo aduierten Molina de iust. & iure, tract. 2. disputat. 278. num. 11. vers. *De iure verò Lusitano*, Rebell. de oblig. iustitiæ, part. 2. lib. 18. quæs. 6. num. 11.

23 La razon es la que dà Guido Papa cons. 57. num. 3. & decis. 325. num. 2. ibi: *Modo sic est, quòd si talis insinuatio potest fieri coram quocumque iudice, & ita coram alio, quàm coram ordinario, nulla esset prouisio legis ordinantis fieri insinuationē, patet, quia ipse talis iudex ignoraret conditionem donantis, &*

non

non inquireret, vel posset inquirere, vtrùm donans fuerit deceptus, inductus, vel seductus, & quid ex tali donatione consequitur, aut consequi potest, imo nec de inquirendo curat, & ideò nimirũ si iudex ordinarius debeat esse ille, coram quo fit talis insinuatio: aliàs volens donationem excessiuam sibi fieri, vel eam etiam volens facere, legem de facili fraudaret, elligendo aliquem iudicem ignotum, ignorantem, & incompetentem, & istius opinionis videtur esse, Bald. in l. illud, & ita vidi determinari in pluribus, & diuersis causis, quas vidi temporibus meis hac Curia Parlamenti Delfinatus definiri.

24 Rursus la donacion no solo tiene este defecto de la insinuacion, sino otros, y quando el juramento supla vn defecto no se estiende a dos, ni mas defectos, vt probant in terminis Seraphinus de priuileg. iuramenti, dicto priuileg. 73. n. 72. & 73. & eius additionator, num. 6. Y es doctrina comũmente seguida, que quando el menor jura vn contracto, lo que el juramento obra, es, representarle mayor, y suplir el defecto de la edad; pero no los otros defectos, si los huuisse, porque es necessario juramento especial para cada vno, ita post Bartol. in auth. Sacram puber. nu. 14. C. si aduers. vend. vbi etiã Paul. Ias. Corn. & Curt. Iun. tenent Auend. in l. 17. Taur. num. 108. Greg. Lop. in l. 16. tit. 11. part. 3. glos. 2. Gutierr. in d. auth. Sacramenta puber. nu. 31.

25 Prætereà el Conde hizo esta donacion de todos sus bienes a la Princesa su madre, a quien deuia tanto respeto, y reuerencia, y asi es llana su nulidad, o recision, porque quando la lesion se junta al miedo reuerencial, se anula, o rescinde qualquier contracto, Bald. cons. 148. num. 4. volum. 1. Grasis exception. 11. num. 18. Monter. in respons. pro vxoris amita, prima parte, num. 76. Alex. Trẽtac. lib. 1. variar. titul. de ijs, quæ vi, resolut. 1. nu. 8. Couar. in cap. quamuis pactũ, de pact. in 6. part. 3. § 4. num. 13. ibi: *Nona conclusio læsio maiori, vel minori contingens vltra dimidiam iustæ æstimationis simul cum metu reuerentiæ, & obsequij paterni, aut maritalis operatur contractus rescissionem, vt ea fiat ratione metus, licet iuramentum conuentioni accesserit*, Ioannes Garc. de nobilit. glos. 17. per totam, & præcipuè, num. 17. Gutierrez in auth. Sacram. puber. num. 93. & de iurament. confirmat. cap. 1. nu.

15.

15.part.1, Molina de Hispan. primog. lib. 2. cap 3. num. 30. Castillo controuers. lib. 3. cap. 2. num. 6 in fine, Fontanel. de pact. nuptialib. tom. 2 claus. 7. glos. 2. part. 6. num. 5. Costa Siculus cons. 38. num. 15 & 16. Capic. Galeota lib. 2. controuers. 14. num. 28. 29. & seqq.

26 Sin que se pueda costituir diferencia entre el padre, y la madre, porque solo la ay en la patria potestad: pero en quãto a la reuerencia, y obediencia son iguales, l. veluti, ff. de iustitia, & iure, l. 2. tit. 1. part. 1. ibi: *E otrosi sõ tenudos los omes de loar a Dios, e obedecer a sus padres, e a sus madres*, l. 3. tit. 20 part. 2. vbi Greg. Lop. quærit, an filius teneatur præstare operas, & seruitia matri, & an in ea idem, quod in patre dicendum sit, D. Luc. 2. *& erat subditus illis*, vbi Diu. Ambrosius ait. *Disce, quòd parentibus tuis debeas, cum legis a patre filium, non voluntate, non opere, non tempore discrepare, & si personis duo potestate vnum sunt, & vtique nullum ille pater cælestis laborem generationis expertus est, tu matri debes pudorem iniuriã virginitatis dispendium, partus periculum, matri longa fasti dia, longa discrimina &c.* Alberic. d. l. veluti, ff. de iust. & iure, Bald. in l. furiosæ. ff. de curat. furiosor. & DD. in l. parentes, ff. de in ius vocando, Surd. de aliment. tit. 1. q. 22. a nu. 1.

27 Quando esto no procediera, por lo menos no se puede negar la lesion, pues el Conde, siendo menor, hizo donacion de todos sus bienes, y aunque no fuera nula, y se confirmara con el juramento, dicta auth. Sacram puber. y la lesion, no fuera tan excessiua, e intolerable, bastara que fuera enormissima, para que tenga lugar el beneficio de la restitucion que està intentado; el qual compete al menor, aun contra la donacion, como demas de lo que queda fundado, disputando la question por vna, y otra parte, la resuelue Sforcia de restitutione in integ. part. 2. quæst. 58. art. 2. Y en el num. 21. refiriendo la opinion de los q̃ sienten, quod d. auth. Sacram. puber. quæ disponit, quòd iuramentum aufert beneficium restitutionis, in integrum habet locum etiam in donatione: en el num. 21. explica su parecer con estas palabras: *Ego autem puto sic dicendum, quod si læsio minoris est talis, quæ restitutionem præbeat regulariter, non obstante juramento, videlicet, si est enormissima, tunc detur restitutio aduersus illam donationem etiam*

etiam iuramento vallatam, sicut datur aduersus alios contractus etiam iuramento firmatos in tali casu, & hoc sine difficultate procedit, quia si præsuponitur, quòd adsit adeo magna læsio, necessariò præsuponitur, quòd adsit quoque dolus præsũptus ipsius donatoris, qui induxerit minorem ad donandum, potiùs quàm virtus liberalitatis ex parte minoris: quo casu nullus præsuponitur actus damnosus minoris: imò liberalis, honorificus, & vtilis: quo dolo præsumpto stante, iuramentum non impedit beneficiũ restitutionis.

28 Y en el num. 13. y 24. concluye el articulo, por estas palabras: *Stat ergo conclusio, quòd regulariter minor non restituitur aduersus donationẽ, iuramento firmatam: nisi donatio sit excessiua, & immensa nimis, prout tenet in terminis etiam Curt. Iun. cons. 141. nu. 5. post multos, quos ibi habes.*

29 Todo quanto hasta aqui se ha dicho, ha sido ex abundanti, y para en caso que el poder en causa propia, que el año de mil y quinientos y quarenta y ocho dio el Conde a la Princesa su madre, fuera absoluto, y comprehensiuo de los frutos de la Encomienda, que ella auia cobrado, como su tutora, y curadora hasta el año de 1582. que cessò la tutela por cedula particular de su Magestad, mem. num. 11. que son los contenidos en la demanda, sobre que se sigue este pleyto, segun cõsta del mem. n. 13. & 14. & 16. y de lo adicionado a estos numeros por parte del Duque de Hijar; pero lo cierto es, que el poder en causa propia, no solo es posterior a la tutela, y administracion de la Princesa, como otorgado el año de 1584. sino q̃ en el solo se comprehenden los frutos, y rentas que al tiempo del otorgamiento estauan caidos, y los q̃ adelante cayessen, y se deuiessen, como por palabras expressas se declara en la escritura, memor. nu. 12. ibi: *Para que en mi nombre, y para ella misma, y en su causa, y hecho propio pueda recibir, auer, y cobrar en juyzio, y fuera del todos los frutos, y rẽtas, y prouechos de la dicha mi Encomiẽda de Herrera, assi los que al presente estan caidos, y se me deuen, como los que adelante cayeren, y se me deuieren, y todo lo demas, q̃ me pertenece, assi de la dha Encomiẽda, como todas las demas rẽtas, frutus, y aprouechamientos de otros qualesquier mis bienes, e hazienda, que tengo en qualesquier partes, y lugares, &c.* En cuyas palabras de ninguna

guna suerte se comprehenden los frutos de la Encomienda, que la Princesa auia cobrado, y percibido antecedentemente, como tutora, y administradora del Conde su hijo.

30 Lo qual se prueua manifiestamente, porque auerle cedido los frutos en sustãcia, es lo mismo, que auerle cedido todo el vsufructo de la Encomienda, *l. per seruum* 14. §. 1. *ff. de vsu, & habitat.* ibi: *Vsus fructus, an fructus legetur, nihil interst, nam fructus, & vsui inest, & fructus quidem sine vsu esse, non potest, & idem probatur in l. si quis ita* 23. *ff. de vsufructu, l. cùm ita* 41. *ff. de vsufruct. legat. & tradunt post glossam, Bartol. & Castrens. Pinel. in l.* 1. *p.* 2. *C. de bon. matern. nu.* 11. *&* 12. *Mãtica lib.* 9. *tit.* 5. *num.* 1. *& alij, quos refert, & sequitur Castill. de vsufruct. cap.* 29. *num.* 5. *&* 18. y lo mismo obra la cessión de las rentas, secundum *Menoch. lib.* 4. *presump.* 136. *num.* 9. especialmẽte auiẽdose hecho la cessiõ de frutos, y rentas por los dias de la vida de la Princesa, vt ibi: *Aya, y cobre todos los largos dias de su vida, vt ex Petr. Ric. ad rubr. instit. de vsufruct. n.* 84. *& alijs pluribus probat idem Castil. de vsufruct. c.* 30. *n.* 13.

31 De donde necessariamente se sigue, que los frutos, y rentas antecedentemente cobrados tãtos años antes por la Princesa, como tutora, no se comprehendieron en la cession, y poder en causa propia referido, porque estos, y todo lo demas cobrado antes de la donacion del vsufructo, no pertenecen al vsufructuario, *l. ita tamen*, §. 1 *in fin. ff. ad Trebelian. Corneus consil.* 187. *num.* 3. *vol.* 2. *Franc. Marc. decis.* 827. *p.* 1. *Castill. de vsufruct. cap.* 42. *num.* 13 y solo le pertenecen los pendientes al tiempo de la donacion, o cession, *l. si pendentes, ff. de vsufructu, vbi glos. Alberic. & Florian. Rolan. consil.* 73. *nu* 34. *& seqq. vol.* 2. *Cephalus consil.* 182. *num* 4. *&* 5. *lib.* 2. *Iuã Garcia de expens. cap.* 11. *num.* 60. *vers. Vicissim*, y lo mismo procede en otro qualquier contrato, como en el de la compra, y venta donde los frutos cobrados, y ya cogidos al tiempo del contrato, no passan al comprador, sino que el vendedor se quede con ellos, *las. & alij in l. diuortio, in princip. ff. soluto matrim. Roman. cons.* 10 *Cuman. consil.* 20. *Alex. consil.* 28. *n.* 2. *vol.* 1. *& ex Cacialup. Gigant. Fabian. de Mont. & alijs tradit Alex. Trentacinq. var. resol. lib.* 3. *resol.* 6. *de empt. & vendit. n.* 5. *vers. In primo casu.*

32 Y la razon es, porque aquellos se llaman frutos propiamente, que proceden del fundo, y que nacen del, o de otra qualquiera cosa fructuaria, y los que inmediatamente se perciben della, o por su ocasion, *l. vsura 118, ff. de verb. signif. l. diuortio, §. si vir, ff. solut. matrim. vbi glos. Bartol. Immol. Alex. & omnes DD. vbi etiam Barb. in §. maximè, num. 35. & 36. Ioan. Garc. de expens. cap. 23. num. 1. & seqq. Castill. de vsufruct. cap. 36. num. 5. & seqq. vbi plures refert, & faciunt tradita a Giurb. decis. 72. num. 7. & 8.* y la misma significacion tiene aquella palabra, *rentas*, que se halla en la cession, *vt ex Martial. Terent. Cicer. Paul. Manut. tenet Sarmient. in defensione tractatus de reddit. Eccles. contra Nauarrum, 1. p. §. in dict. q. & probat Rebuf. in l. frugem 77. ff. de verb. signif. in princ. & in vers. Insuper*; pero los frutos ya cogidos, y las rentas cobradas no se dizen frutos, ni rentas propiamente, porque en cobrãdose, se apartaron de la cosa principal, de que procedieron, y se hizieron hazienda separada, y de otra calidad, *Castill. d. c. 42. num. 13. Bald. in cap. quæ in Ecclesiarum, vers. Idem in pensionibus, de constitut. Vincent. de Franch. decis. 254. num. 5. part. 2. Rodrig. de ann. redd. lib. 1. quæst. 4. num. 11.*

33 Y no solamente los frutos cogidos, y apartados del suelo; pero los maduros, y en disposicion de cogerse se juzgan, como si ya lo estuuieran, *Tiraquel. de retract. conuent. §. 5. glos. 4. num. 9. Thesaur. decis. 55. num. 6. Trentacinq. lib. 3. resolut. 6. de empt. & vendit. num. 13.* como tambien los reditos, y las pensiones, cuyo plaço ha llegado, y puedan cobrarse, *secundum Vinc. de Franch. d. decis. 254. num. 5.* ibi: *Et propterea cum in casu, de quo agebatur, dies exactionis iam cesserat, & venerat, hi fructus sunt habendi pro exactis, Rodriguez de ann. redd. d. lib. 1. quæst. 4. num. 11.* ibi: *Cuius rei ratio est, quia statim cum cedunt pensiones, desinunt esse de corpore, seu re principali, & sunt tanquã propietas separata, sicut fructus separati sunt, corpus mobile stans per se.*

34 De donde procede a nuestro proposito, q̃ cedidas las rẽtas de la Encomiẽda no se cedierõ las cobradas, y corridas, sino las q̃ adelãte corriessẽ, y se deuiessẽ: *Ita in terminis probãt Ruin. cõs. 193. vol. 1 Mastril. decis. 58. n. 6. 10. & 11. p. 1.* ibi: *Et tamẽ sub restitutione redituum nõ intelliguntur cessa inter vsura iam cursa,*

cursa,nec obstabat,quòd redditus est quid vniuersale,& comprehendit sub se omnes species fructuum,& sic tam maturorum,quàm maturandorum,nam dictum fuit,quòd licet redditus sit verbum generale,tamen non per hoc potest in se comprehendere census maturatos,qui sunt nomen separatum.

35 A que no obstan aquellas palabras de la cesion, ibi: *Assi los que al presente estan caidos,y se me deuen,como los que adelãte cayeren,y se me deuieren*;porque se deuen entender de los frutos pendientes entonces,y no cobrados, ni en sazon de cobrarse,que son los que propiamente se llamã frutos,y pertenecen al vsufructuario desde el dia que lo es, vt supra num.31, y las palabras se deuen interpretar en sentido, que sea conforme a derecho,latè *Cephal.consil.*257.*num.*6.*Surd. decis.*114.*num.*11.a lo qual no contradize la palabra,*y se me deuen*. Lo vno,porque como frutos, y como rentas no se le podian deuer entonces al Conde,sino los frutos que estauan pendientes, porque los maduros, y cobrados no se tienen por frutos,sino por hazienda,y derecho separado;el qual no pudo passar al cessonario de frutos solamente,*ex proximè dictis,ex Mastril.d.decis.*58.*& faciunt tradita ab eodem, Mastril.decis.*301.*num.*102.*lib.*4. Lo segundo,porque los frutos, y rentas de la Encomienda,y sobre que es este pleyto, no se le deuian al Conde al tiempo de la cesion,porque la Princesa su madre los tenia ya cobrados,conque no se pudieron cõprehender en dichas palabras,y lo que vna vez se ha cobrado,no puede dezirse deuito,ni boluerse a cobrar segũda vez, *l.bona fides,ff.de regul.iur.cap.bona fides,eodem tit.Afflict.decis.*250.*nu.*19.*in fin.Flamin.Chartar.decis.*30.*num.*5.

34 Y no importarà replicar, que aquellos frutos cobrados antecedentemente por la Princesa, y sobre que oy se litiga, los deuia ella al Conde,y que assi se pudieron comprehender en las palabras,*y se me deuen*;porque se satisface tambiẽ, con lo que se ha dicho,de que los frutos cogidos, y las rentas cobradas no se dizen frutos,ni rentas:y assi la deuda, que por razon de su administracion,y cobrança deuia la Princesa a su hijo,no pudo cõprehẽderse en la cesion de los frutos que el hizo por ser hazienda separada ya de la Encomienda, y vn derecho distinto,y de diferente nombre que los frutos,&

quia

quia appellatione fructuum, vel reddituum, non veniũt iura, c. grandi, de supplend. neglig. prælat. lib. 6. vbi notat Dominic. & cum Alexand. & Baeça, probat Gutierr. de tutel. 3. p. cap. 29. nu. 13.

37 Demas que si el intento del Conde fuera remitir a su madre esta deuda, lo expressara, porque para remitir, era inutil el medio de la cesion: por la qual se transfieren las acciones del cediente en el cessonario, y la Princesa no podia vsar dellas, cobrando de si misma, pues no se dà accion, y passion en vn sujeto, *l. si debitori creditor* 51. *l. vranius* 72. *ff. de fideiussoribus, & notãt DD. in l. debitori, C. de pact. Chartar decis.* 124. *num.* 1. y entre la remision, y la cesion ay diferencia conocida, porque el que remite no haze otra cosa, que librar de la obligacion a su deudor sin darle nada, *l. Iulianus ait, ff. de condit. & demõstr. l. remittit, ff. de iur. iur. cum aliis traditis a Paul. Galerat. de renunt. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 4. *&* 9. *vbi num.* 6. Dize, que en el efeto es lo mismo remitir, que renunciar, y vno, y otro es distinto del acto de ceder, en el qual, como acabamos de dezir, se transfieren en el cessonario las acciones del cediẽte, *& optime probat idem Galerat. d. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. *&* 6.

38 A que se junta que la remision no se presume, antes se deue seguir qualquiera interpretacion, que la excluia, *l. eleganter, §. qui reprobos, ff. de pignor. act. l. si cum aurum, vbi Bartol. ff. de solution. Decius in l. post quam liti, n.* 16. *C. de pact. Bursat. consil.* 49. *num.* 9. *& plures alij relati à Ioan. Deckhero decis.* 4. *num.* 30. *lib.* 1. y quando se juzgasse la donacion, o cesion de frutos contenida en la escritura, de que se trata, como si fuera remision, o renunciacion, respeto de que lo dispuesto por derecho en la donacion tiene luguar en la renunciaciõ, *Alex. & Decius in l. creditori, in principio. C. de pact. vbi etiam, Ias. Angel. in l. pacta, C. de pact. glos. & ibi Decius in l. si quis obligatione, ff. de regul. iur. Couarr. lib.* 2. *var. cap.* 4. *nu.* 8. *Tiraquel. in l. si vnquam, in verb. donatione, num.* 176. *C. de reuoc. donat. Menoch. consil.* 6. *num.* 5. *& consil.* 80. *num.* 52. y que la donacion es virtualmente renunciacion, y al contrario, no tanto por el rigor de la significacion, quanto por la interpretacion de derecho, *l. si mulier. ff. de condit. ob caus. vbi DD. Bartol. in l. pecul. in princip. ff. de pecul. Felin. in cap. veniens, ff. de testib. Al-*

ciat.

iat.in l.dediſſe,ff.de verb.ſignif.Galerat.de renunt.lib.2.cap.4.num.10.vbi plures refert.

39 Como quiera nunca ſe pueden conſiderar cedidos, ni renunciados los frutos cobrados, y percibidos, antes por la Princeſa, por ſer ya de otro nombre, y calidad, como ſe ha dicho, y deuda ſeparada de la Encomienda, porque toda renunciacion es de eſtrecha naturaleza; y no ſe eſtiende a mas de lo expreſſado, y comprehendido en la ſignificacion de ſus palabras, *l.ſi domus, vbi gloſ.& Doctores, ff. de ſeruit.vrban. prædior.l.qui cum tutoribus,ff.de trāſact.cap.ſane,vbi gloſ. in verb. ſuſtinere,cap.veniens,de renunt.Socin.conſ.96.in fin.lib.1.Pariſ. conſ.12.num.94.lib.2.Surd.conſil.131.num. 20. Decian. conſil. 113.num.18.lib.3.Decius conſil.625.num.6.*de que procede, que no ſe pudo eſtender a derecho tan ſeparado, como lo q̃ la Princeſa deuia a ſu hijo por razon de la adminiſtracion, y tutela, no auiendo el cedido, ſino los frutos pendientes, y que le deuian pagar los renteros de la Encomienda: *Quia ceſsio, vel renuntiatio non extenditur de vno caſu ad alterum, nec ad ius ſeparatum,& quod ex alia cauſa debetur, d. l. domus, Alex. conſil.126.num.6.lib.5.Rom.conſil.168.num.2.Ancarran.cōſ. 291.num.7.Surd.conſil.133.num.28.lib.1.Cancer. lib. 3. cap. 15.ex.num.231.*y baſta que la ceſsion obraſſe, en quanto a los frutos pendientes, y futuros para no eſtenderla a los cobrados, y preteritos en tan gran perjuyzio del cediente, deuiendoſe interpretar en ſu fauor, que es la razon, q̃ en el propoſito dan *Rolād.a Vall.conſil.43.num.16.Tib.Decian.conſ.169. vol.2.& alij relati a Cancer.d.lib.3.cap.15.num.233.& 237. Paul.Galerat.de renunt.lib.1.cap.9.nu.14.*

40 Finalmente las concluſiones referidas tienen mejor lugar, ſi atendemos a la cauſa final, que mouio al Conde para otorgar eſta ceſsion en fauor de la Princeſa ſu madre, porque la renunciacion, por general que ſea, ſe regula, y reſtringe por la cauſa, porque ſe hizo, *Bald.in l.pactum,nu.19. C. de collat. Alex.conſil.49.num.7.lib.1.Surd.deciſ.217.per tot. Cancer. d. cap. 15.ex num.266.*y lo miſmo procede en otra qualquiera depoſicion, *ex traditis a Caſtill.de vſufruct.cap. 62. num. 9.* y ſegun conſta de la eſcritura, el fin fue, para que la Princeſa ſe pudieſſe alimentar, con que viene a ſer facil el conocimien-

to de lo que la cesion comprehendio, y se haze euidente, q̃ solo se cedieron los frutos, y rentas futuras, y no las cobradas de los años antecedentes, porque quando se conceden alimẽtos, regularmente se deuen los futuros, y por ellos se dà accion solamente, no por los preteritos, especialmente en los que deuen los padres a los hijos, por el contrario, *Bartol. in l. libertis, quos, §. 1. nu. 3. ff. de aliment. & cibar. legat. Surd. de aliment. tit. 5. quæst. 8. nu. 43. Mariscot. lib. 2. var. cap. 83. num. 2. Fontanel. de pact. nupt. claus. 6. gloss. 2. part. 3. num. 38. & 51.* Donde dize, que como los alimentos se dan para la vida, y el tiempo passado, ya viuido, no pueda boluerse a viuir, por esso no se deuen los preteritos; y por esto mismo los priuilegios, que el derecho concede a los alimentos, se entiẽde en quanto a los futuros, y no en los preteritos, *Decian. consil. 90. num. 4. vol. 5. Menoch. de præsumpt. lib. 1. q. 35. num. 31. Viui. decis. 73. num. 4. Cancer. lib. 1. var. cap. 16. num. 5. Giurb. decis. 4. num. 46.*

41 De que resulta, que frutos, y rentas dados para alimentos, y en lugar dellos han de seguir su naturaleza, para que solo se entiendan cedidos los futuros, *ex regula, quia subrrogatum sapit naturam eius rei, in cuius locum subrogatur, l. vn, §. vt plenius, C. de rei vxor. act. cum multis congestis a Mieres de Maior, 1. part. quæst. 11. per tot.*

Articulo Segundo

42 Para gozar esta Encomienda de Herrera don Diego de Silua, padre del Duque de Hijar, por su menor edad obtuuo por Enero de 1571. dispensacion de su Santidad, q̃ està mem. num. 4. y en virtud della el señor Rey don Felipe Segundo le hizo merced en 4. de Iunio del mismo año, mem. num. 5. para que pudiesse tener la dicha Encomienda, y gozar de los frutos, y rentas della conforme al Breue, y dispensacion referida, y en la merced de su Magestad ay dos clausulas: la vna que dize assi, ibi: *Y quando ayais cumplido la edad, que deueis tener conforme a las difiniciones de la dicha Orden para poder hazer profession en ella; auiendo la hecho, desde agora para entonces damos poder cumplido, y conmutamos nuestras vezes a qual-*

quiera

quiera de los Freiles professos nuestros Capellanes de la dicha Orden, que a la sazon residieren en nuestra Corte, para que en nuestro nombre, y por nuestra autoridad, como administrador susodicho os puedan hazer, y hagan colacion, è Canonica institucion de la dicha Encomienda de Herrera, para que la tengais en titulo: y la otra clausula, ibi: *Y por esta nuestra carta os damos poder, y facultad, para que desde luego podais tomar, y aprehender la tenencia, y possession real, actual, vel quasi de la dicha Encomienda, y de sus miembros, y anexos*, y manda a todos le acudã cõn las rentas, y emolumentos.

43 Esto supuesto, alega el defensor de los bienes libres en peticiones, que estan, mem. num. 48. 50. 52. y 131. que don Diego de Silua no tomò la possession, ni se le hizo colacion de dicha Encomienda hasta el año de 1588. y que hasta el dicho tiempo residieron los frutos della en los Principes de Eboli sus padres, especialmente en el Principe Rui Gomez, cuya auia sido, y que assi pertenecen a sus bienes libres, y no al dicho don Diego, ni al Duque de Hijar su hijo.

44 Pero esta alegacion se excluye facilmente. Lo primero, porque la suposicion, que se haze en ella, de que don Diego no tomò la possessiõ hasta el año de 1588. no es cierta, pues aunque entonces se le hizo la colacion, mem. num. 6. la possession la tomò luego, que se le hizo la merced, y en su nombre, y como su padre, y legitimo administrador el Principe Rui Gomez en 20 de Febrero del año siguiente de 1572. dio poder a Iuan Mogollan, para que administrasse, y cobrasse los frutos de dicha Encomienda, consta del mem. num. 7. y se aduierte en lo adicionado por parte del Duque de Hijar al num. 7. referido.

45 Y quando no huuiera otro acto de possession, no se puede negar, que fue bastante el nombrar administrador el Principe Rui Gomez, en nombre de don Diego su hijo, porque el administrar, arrendar, y poner persona, que cuide de vna hazienda, todos son actos de possession, *l. quadam mulier, ff. de rei vindicat. vbi notant Odofred. Bart. Angel. Alberic. Bad. & cõmuniter DD. l. serui emptor, ff. de pericul. & commod. rei vendit. l. si quis ante l. qui bona fide, l. interdum, §. fin. ff. de acq. possess. l. quarumdam rerum, ff. eod. tit. l. 9. tit. 30. p. 3. & faciunt*

plu-

plura tradita ab Ant.Gom.in l.45.Taur.n.66.& 74. Y porq̃ el poder, q̃ dio el Principe Rui Gomez a Iuan Mogollan, no fue por si, sino en nombre de don Diego su hijo, y como su padre, y legitimo admistrador: y assi al hijo, y no a su padre, se adquirio la possession por este hecho, *l. vlt. ff. de institor. act. l. cum post, §. 1. ff. de administr. tutor. Angel. in l. si proponas, §. 1. ff. de in off. testam. latè Menoch. lib. 3. præsump. 49. præcipuè num.* 18. *cum seqq. & probat expræsè text. in l. quod meo* 18. *ff. de acq. poss.* ibi: *Nam is posidet, cuius nomine posidetur, procurator alienæ possessioni præstat minysterium*, y tambien es cierto, que la possession de beneficios, y Encomiendas (de que se trata) se puede adquirir por medio de procurador, o otra persona, que tenga poder para ello, *c. accedens, de prebend. Bald. in l. 1. C. quando liceat ab emp. disced. nu. 7. Ant. Gom. in d. l. 45. Taur. num. 91. vers. Quarto facit.*

45 Lo segundo, porque su Santidad en el Breue que està, mem. num. 4. dispensò con don Diego, para que sin embargo de la menor edad, y aunque no estuuiesse professo, pudiesse gozar los frutos de qualquiera Encomienda desde el dia que el señor Rey don Felipe Segundo le hiziesse merced della, y las palabras del Breue le son clarissimas, y absolutas, sin que en ellas pueda ofrecerse duda, y mucho menos en la potestad del Pontifice, porque como señor de las rentas Eclesiasticas puede dispensar, y disponer, como le pareciere a su libre voluntad, *glos. in cap. fundamenta, §. ne autem, de elect. in 6. Flam. Paris. de resignat. lib. 2. q. 4. num. 34. Grammaticus decis. 46. num. 2. 3. & 4. l. 1. in fin. tit. 16. part. 1. vbi Greg. in verb. aquien quisiere, Azebed. in l. 2. tit. 14. nu. 10. lib. 4. Recop. Pinel. in rubr. C. de rescind. vend. cap 2. num. 29. & 30. Gonçalez ad reg. 8. Cancell. §. 1. proemial. num. 31. cum seqq.* y el poner esto en disputa, seria grauissimo crimen, *vt ex l. 2. C. de crimin. sacrilegij, c. si quis suadente, §. qui autem 17. q. 4. & ex alijs probat idem Gonçalez glos. 9. §. 2. num. 70.* y es llano que el menor de 14. años con dispensacion del Pontifice puede obtener qualesquier beneficios, y rentas Eclesiasticas, *vt cum Boer. Rebuf. & alijs, concludit Flam. Paris. de resign. lib. 3. quæst. 7. nu. 66.*

Lo

47 Lo tercero, porque su Mageſtad hizo merced a don Diego de Silua de la Encomienda de Herrera, en virtud del Breue referido, y con relacion al memorial d. n.5. ibi: *Y para que la pueda tener, y goçar de los frutos, y rentas della conforme al dicho Breue suso incorporado*: vnde la merced ſe ha de conſiderar tan abſoluta como la diſpenſacion, para que don Diego pudieſſe goçar deſde luego los frutos, porque eſto es lo que obra la relacion de lo vno a lo otro. *Ex regul. l. aſſe toto, ff. de hæredib. inſtituend. vbi nontant DD.* Tiraq. *ad leg. connub. gloſ.* 5. *num.* 186. & 187. *Menoch. cōſ.* 326. *num.* 76. & *conſ.* 329. *num* 6.

48 Lo quarto, porque ſu Mageſtad en la merced que hizo a don Diego, no ſe contētò con referirſe a la diſpenſacion, aunque baſtaua, ſino que expreſſamente declarò ſu voluntad, dandole poder, y facultad para tomar deſde luego la poſſeſsion de la Encomienda, y goçar ſus rentas, que es vna de las clauſulas contenidas en la merced, y que referimos ſupra num. 42.

49 Sin que obſte la otra clauſula que comiença, ibi: *Y quando ayais cumplido la edad, &c.* que tābien queda referida ſupra d. n. 42. porque ſu Mageſtad en ella no quiſo, ni tratò de ſuſpender el goçe de los frutos, ſino ſolamente la profeſsion de don Diego, y la colacion de la Encomienda para quando tuuieſſe edad cō forme a las difiniciones de la Orden, y para poder hazelle la colacion, dio facultad aqualquiera de los Freyles profeſſos, y Capellanes de la dicha Orden, que a la ſazon ſe hallaſſen en eſta Corte, y auiendo clauſulas tan diferentes, vna que habla del goçe para deſde luego, y otra de la profeſsion, y colacion para quando don Diego tuuieſſe edad, no ſe puede hazer argumēto de la ſuſpenſion de lo vno para lo otro, *Vulg. l. Papinianus exuli, ff. de minorib.* eſpecialmente que la clauſula que habla de la poſſeſsiō, y del goçe, y ſe le permite deſde luego a don Diego, es la poſtrera de la merced, y aſsi ſe ha de eſtar a ella en quanto a eſto, ſin que puedan obſtar las anteriores, quando dellas pudiera nacer alguna duda, *ex l. pacta nouſsiima, C. de pact. & ex latè adductis a Barb. axiom.* 183. *num.* 1.

50 Lo quinto, porque en las palabras de la merced, donde ſe ſuſpendio la colaciō para quādo D. Diego tuuieſſe edad, ay la clauſula, *deſde agora para entēces*, a q̃ correſponde la de latin, *Ex nunc prout ex tunc*, con lo qual aunquando no huuiera particular diſpoſicion en quanto al goçe, ſe le deuia a don Diego deſde la fecha de la merced, aunque la colacion ſe le hizieſſe tanto tiempo

despues, como el año de 1588. porque la significacion, y naturaleza de dicha clausula, es que la merced obre, y tenga efeto desde el dia q̃ se haze, *Bald. in auth. contra rogatus, c. ad Trebl. Frãch. decis. 213. n. 1. Riccius 1. p. collect. 71. Mariscot. lib. 2. variar. c. 39. n. 28 & 29. Iuan Bap. Cost. de retro tract. c. 10. effect. 1. n. 2. vbi n. 4.* probat, hoc maxime procedere en donaciones, y gracias de beneficios, que es nuestro caso, y quando la gracia se haze de beneficio q̃ està vacãte, tiene menos duda la proposicion, *Casad. decis. 3. n. 15. de præbend. Crescent. decis. 7. n. 13. & 19. de cõces. prebendæ, Riccius collect. 753. p 4* y es cierto q̃ la Encomiẽda de Herrera estaua vacante entonces, y que auia vacado por promocion del Principe Rui Gomez que la posseyò antes à la Clauería de la misma Orden de Alcantara memorial num. 2.

51 Lo sexto, porque quando todo lo dicho cessara, y don Diego de Silua no huuiera tomado possession de la Encomienda desde luego, sino despues de la colacion, todauia los frutos fuerõ suyos desde el dia de la gracia, y merced, sin ser necessario para esto esperar a la possession, como sucede en todos los beneficios, cuyos frutos pertenecen, no solo desde la gracia, sino desde la legitima vacante al legitimo futuro sucessor, *c. cum vos 4. de offi. Ordin. Gabriel cons. 192. ex n. 1. lib. 2. Surd. cons. 333. nu. 23. & 24. Lother. de re beneffi lib. 3. q. 20. nu. 117. & 120.* y si en aquel medio tiempo huuiere algun intruso, se los deue restituir al proueido despues legitimamẽte, *Rot. decis. 5. de re iud. in nou. Loth. d. quæs. 20. num. 112.*

52 Lo septimo, porque de todo lo dicho se prueua quã vana es la consequencia del argumento contrario, scilicet, q̃ por no auer hechose la colacion a don Diego de Silua hasta el año de 1588. residieron los frutos de la Encomienda de todo el tiempo antecedente en los Principes de Eboli, y especialmente en el Principe Ruy Gomez, cuya auia sido, pues como dexamos fundado, don Diego fue posseedor desde que se le hizo la merced, y como quiera los frutos le pertenecieron desde la vacante, *ex proximè dictis num. antecedenti.*

53 Fuera de q̃ los Principes nunca tenian titulo legitimo para hazer suyos los frutos de aquel tiempo, y auiendolos administrado, y percibido en nombre de don Diego, el Principe como su legitimo administrador, y la Princesa como su tutora, necessariamente se los deuieron restituir, por auerlos percibido en su nõbre, aunque se supusiera q̃ no auia tenido titulo el dicho D. Die

go de Silua, porque es doctrina cierta q̃ la restitucion, y la paga se deue hazer a la persona con quien se contrata, sin atender a si fue capaz de la accion, como sucede en el hijo de familias, que si haze vn emprestido, se ledeue pagar a el, aũque la acciõ le competa al padre, *l. filius, C. de pactis, vbi Bartol.* y lo mismo procede en el Religioso, aunque la accion competa a su Conuento, *l. si vnus, ff. de pactis, Alex.* Decius, *& Ias. in d. l. filius, Afflict. decis.* 147. *&* 325. *n.* 31. Y lo q̃ mas es, q̃ aun la cosa hurtada se deue boluer, y restituir al ladrõ q̃ la prestò, ò puso en deposito, *l. cõmodare cũ l. seq. ff. commod. l. quòd seruus, & l. bona fides, ff. depositi. & not. DD. in l. si vrbana, ff. de condit. indeb. Alex. cons* 104. *num.* 7. *lib.* 4. *Cãcer. lib.* 2. *var. cap.* 6. *ex num.* 34. *vsq. ad* 36.

54 Lo octauo, porque quando huuieran tenido titulo los Principes para hazer suyos dichos frutos (que no tuuieron, como se prouarà luego) se podia pretender que le auian renunciado, con auerse valido para su administracion de titulos contrarios, y diferentes, el Principe del de padre, y administrador de D. Diego, la Pricesa del de su tutora, porque el que tiene la pertenẽcia de vna cosa por vn titulo, si se vale de otro segundo, es visto renunciar el primero, *l. si quis ante, ff. de acq. possess. l. bonæ fidei, ff. de acq. rer. dominio, Roman. cons.* 350. *num.* 13. *&* 14. donde dize al proposito, q̃ el que tiene titulo de vna Encomienda, si la impetra de nueuo, renuncia el derecho que antes tenia, y la *Rota decision.* 478. *nu.* 3. *part.* 1. *in nouissim.* decidiò, que el que se haze depositario en nombre de otro, pierde el derecho propio que tenia en la cosa depositada, conducunt *tradita ab Alex. cons.* 110. *num.* 2 *vol.* 2. *Surd. consil.* 104. *num.* 8. *& seqq. & decis.* 92. *num.* 13. *Cancer. lib.* 2. *varar. cap.* 10. *num.* 28.

55 Finalmente, porque la verdad es, que los Principes no tuuieron titulo ninguno legitimo para hazer estos frutos suyos, porque si se atiende a que el Principe Ruy Gomez auia sido posseedor desta misma Encomienda, auia perdido ya el titulo, y possession della, quando se le hizo merced a su hijo don Diego por la promocion a la Claueria de la Orden de Alcantara, memorial num. 2. y llana cosa es que no podia avn tiempo ser posseedor de dos Encomiendas incompatibles, y que con la acetacion de la segunda, vacò la primera, *c. de multa de præbend. Clem. gratiæ, de rescript. vbi not. Card. Zauarel. num.* 1. *l. illud. ff. de acq. hæred. Cephal. cons.* 193. *n.* 10. *tom.* 2. *Rota decis.* 1. *de testib.*

in

in noui; Mitoch. lib. 4. presump. 36 num. 24. D. Ioan. Baup. Valençuel. consf. 83. ex num. 32. vsque ad 63. faciunt tradita a Castill. tom. 6. cap. 178. ex num. 15.

56 Y si se pretende, que el Principe Ruy Gomez en su tiẽpo hizo estos frutos suyos como padre, y legitimo administrador de su hijo, tampoco esta pretension tiene fundamento, porque, ò se comparen las Encomiendas de las Ordenes militares a los beneficios Eclesiasticos, *vt cum Victor, Aragon, Suarez, & alijs tradit Fuluius Constantius ad l. 1. & 2. C. de filijs official. lib. 12. num. 12.* y en la verdad, esta es su propia naturaleza, *vt probãt D. Molina de primogen. lib. 2. capit. 9. numer. 69. Cabed. de patronat. Reg. Coron. capit. 15 nu. 7. cum sequentib.* o sean semejantes a las antiguas milicias, las quales lo son a los feudos, y antiguamente era todo vno, *vt ex authentic. de ex hibend. reis, §. optimum. Holoand. Isernia, Afflict. Azor, & alijs refert idem Fulu. Constant. vbi proxime. ex numer. 6. vsque ad 12.*

57 ¶ De qualquiera manera de la Encomienda que possee el hijo de familias, no pertenece el vsufruto al padre, porque ni en los beneficios le tiene, y puede libremente el hijo disponer de sus frutos, como de bienes castrenses, *Vt in l. Sacrosancte, C. de Episcop. & Cleric. tenent Bartol. Alberic. & Salicet. & communiter Doctores, Palac. Rub. in rubric. de donation. §. 42. numer. 7. Couaruu. in capit. quia nos de testament. numer. 2. Anton. Gomez in l. 48. Taur. numero 7. versicul. Sed his non obstantibus, Gratian. discept. 993. numero 18. tomo 5.* ni tampoco en las milicias, y feudos, porque como estas mercedes se hazen con obligacion de seruir, no es justo que el grauamen resida en el hijo feudatario, y el aprouechamiento en el padre, *Isern. in capit. 1. de his qui feud. dare possunt. vbi etiam Afflictus, Boeri. decis. 199. Roderic. Suarez in disput. maiorat. numero 3. Matienço in l. 9. titul. 1. lib. 5. gloss. 2. numero 8. Fulu. constin. in d. l. 1. & 2. C. de filijs offic. numero 57.*

58 Fuera de que sea la Encomienda de la naturaleza que fuere, basta ser merced de su Magestad, hecha a don Diego de Silua, porq̃ en las donaciones del Principe adquiere pleno dominio el hijo de familias, y no pertenece al padre el vsufruto, *text. expressus in l. cum multa, C. de bonis quæ liber. l. 7. tit. 17. part. 4. D. Molina de primog. lib. 1. capit. 19. numer. 34.*

Sin-

59 Sin que importe la replica que se haze por parte del Duque de Pastrana, pretendiendo, que por auerse hecho la merced de la Encomienda a don Diego por los seruicios del Principe Rui-Gomez se le adquirieron los frutos al padre, que fue la persona contemplada en la merced, y no al hijo, a quien se hizo, *ex regula text. in l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulg.*

60 Porque se responde, que las mercedes del Principe, aunque se hagan por los seruicios, y en contemplacion del padre, toda via no adquiere el vsufruto el, sino que pertenece al hijo; el qual puede disponer del libremente, *ita tenent post Aretin. in d. §. in arrogato Ant. Gomez. in l. 48. Taur. num. 4.* a quien sigue, y refiere *Matienç. in d. l. 9. tit. 1. lib. 5. glos. 2. nu. 3.* y ambos fundã doctamente esta doctrina, *Cald. Pereira de nom. emphiteus. q. 18. & in l. si curatorem habens in verb. læsis, num. 106. C. de in integ. restit. Burgos de Paz Iun. q. 11. num. 28. & eius pater consil. 38. num. 6. lib. 1. Mendez de Castro in l. cum oportet in 3. ex exemplo, nu. 184. & alij plures, quos refert, & sequitur Gratian. discep. 993. num. 11. Noguerol. allegat. 8. num. 50.* y esta es la mas comun, y verdadera opinion, como afirma *Gratiano, vbi proximè, nu. 16.*

61 ¶ Especialmente no siendo la Encomienda de las cosas, que se transmiten a los herederos, o que puedan adquirirse con dinero que son las en que solo pudiera ponerse en controuersia la proposicion, que vamos fundando, y en cuyos terminos hablan los autores que siguen la contraria opinion, como doctamẽte aduierte *Fulu. Constant. in d. l. 1. & 2. C. de fil. official. nu. 61.* ĩbi: *Si res ea sit, quæ vel ad hæredes transmitti possit, vel vendi valeat, etiam si in venditione Principis consensus requireretur*; pero el punto no es disputable en rentas Eclesiasticas, o feudales a q̃ las de la Encomiẽda pueden compararse por las razones particulares, que ay en ellas, para que no pertenezcan al padre, como notamos, supra proximè nu. 57.

62 Ni es de consideracion, que el Principe Rui Gomez administrasse esta Encomienda, como padre de su hijo, porque desso no se arguye el que administrò para hazer los frutos suyos, sino antes lo contrario; vt supra diximus nu. 45. y porque en los bienes del hijo, en que la ley prohibe la adquisiciõ del vsufructo al padre, toda via le permite la administracion dellos, *Aretin. in §. pupillus, num. 6. inst. de inutilib. stipulat. Corneus in l. cum non solum, §. sin autem, C. de bon. quæ liber. Cagnolus in l. frater a fratre, num. 161. ff. de cond. indebit. Brusat. cons. 133. num. 56. & 57. lib. 1. Fran.*

 de

de Ponte consil.19 nu.29.& cons.31.nu.3.& 4.Castill.de vsufruct. c.3.ex nu.59.vsque ad 65.Trentacinq.lib. 1.var.resol.5. num.14. y en tal caso està el padre obligado a dar cuentas al hijo de la administracion, como qualquier tutor extraño, *l.licet, C. ad l.Falcid.l.si superstite, C.de dolo, & vtrobique DD.Bald.in l.cum oportet.§.fin.C.de bon quæ liber.& alij plures, quos refert, & sequitur, Ant. Gom.in l.48.Taur.num 17.Castill.de vsufruct.d.c.3.n. 107.* y en terminos de renta Eclesiastica administrada por el padre, lo prueuan *Pinel.in l. 1.p.2.num.29.& 32.C.de bon.mater. Gutierrez de iuram.confirm.p.1.c.41.num.12.& de tutelis, 3.p.c.32. per tot.* y muerto el padre passa la obligacion misma a sus herederos, y deuen restituir los frutos, *Salicet in l.filiæ cuius, C.famil. Ercisc.num.24.& cum Palac.Rub.Did.Perez & alijs tenet idem Gutierrez de iuram.confirm.p.1.c.4.nu.19.& seqq.* Y tambien compete tacita hipoteca en los bienes del padre, quando administra bienes semejantes, de que no tiene el vsufructo, *vt cum Gregor. Lop.& alijs probat Gutierrez de tutel.p.2 cap.16.nu.27.*

63 Y aun el Principe Rui Gomez, no solo està obligado por si, y por el tiempo, que administrò, sino por la administracion, y tutela de la Princesa su muger por auerla nombrado el en su testamento por tutora de sus hijos, y auerla releuado de fianças, porque es dotrina cierta, que el que nombra a otro, o le elige en algun oficio, ò administracion, queda obligado por el, como fiador suyo. como el juez que nombra curador a vn menor, *l.fin.C. de Magistr.conuen Ioseph.Ludouis.decis.Luc.33.per tot.& alij plures Relati a Ering.de fideiussorib.cap.8.n.26.* y en el padre ay la misma, y mayor razon: *Quia pater nam testimonium pro satisdatione habetur vt tradit idem Ering.eod.tract.cap.5.nu.232.* y esto es general en todos los que como el padre tienen esta facultad de elegir concedida por ley, *vt post.Vinc de Franch. decis. 242.prbat Fuluius Constan.in l.60.C.de decurion.lib.10.num.65.*

64 Sin que embarace la replica que se haze, de que su Mag. mandò a la Princesa, que acetasse la tutela, infiriendo desto, que administrò de orden de su Mag. y no por el nombramiento de su marido, para que el, ni sus bienes no ayan quedado obligados, porque se satisface, con que su Mag. no se lo mandò precissamente, sino que se lo encargò, y rogò, como se aduierte en lo adicionado por parte del Duque de Hijar al mem. num.9. y con que la interuencion de su Mag. no inouò la calidad de tutela testamentaria, porque fue para mayor autoridad, y firmeça suya, *ex his*

quæ

quæ tradunt Abb. in c. inter dilectos, de fide instrum. Decius conf. 531. Cabed. d. decis. 77. num. 9. p. 2. como tampoco la altera el discernimiento del juez, que sobreuiene despues del nombramiento, que siempre es necessario para el exercicio, y administracion en qualquier tutor testamentario, aunque sea la madre, *vt notatur in l. 4 ff. de autor. tutor. & l. fin. §. illud proculdubio, C. arbitriũ tutel. Bart. in l. legitimos, in princip. nu. 3. ff. de legitim. tutel. & post Greg. Lop. Cald. Pereir. & alios tradit, Gutierrez de tutel. 1. p. c. 5. nu. 6. &* 8.

65 En quanto a la Princesa de Eboli, madre de don Diego de Silua, aun ay menos fundamento para poder dezir, que hizo los frutos suyos, porque los administrò, como tutora de su hijo, y nunca le pudo pertenecer el vsufructo de ningun genero de bienes suyos, aunque fuessen de otra calidad por ser este derecho efeto, solo de la patria potestad, *l. 1. C. de bon. matern. l. cum oportet. C. de bon. quæ lib. & probãt alia jura, & DD. relati a Castill. de vsufr. c. 3. n. 8.* La qual no pertenece a las madres, *§. fœminæ, inst. de adopt. glos. 1. in l. mater, C. de testament. tutel. & est notissimum ex traditis a Gutierrez de tutel. p. 1. c. 4. nu. 2.* y assi la madre tutriz de sus hijos no tiene ningun priuilegio para escusarse de las obligaciones, que tienen los demas tutores estraños, y està obligada a dar cuenta con pago, y afiançar la tutela, *Pinel in l. 1. 2. p. C. de bon. matern. num. 28. Baeça de decim. tutor, præstanda, c. 4. nu. 41. Espin. in specul. testam. glos. 29 n. 35. & alij relati a Castill. d. c. 3. n. 113. quod idem concludit. Gutierr. de tut. p. 1. c. 12. n. 16.*

66 A que no se satisface con dezir el Duque de Pastrana, que siendo los frutos desta Encomienda rentas Eclesiasticas, no se pudieron comprehender en la tutela, porque se responde. Lo vno, que esta proposicion no es cierta, ni aplicable al caso deste pleyto, porque don Diego de Silua, era menor de catorze años, quando su madre se encargò de su tutela, y de la administracion de los bienes de la Encomienda, y el Clerigo que es de tan poca edad, no puede passar sin tutor, ni administrar la renta de sus beneficios, ni parecer por su persona sola en juyzio, *c. si an[n]um. fin. de judicijs in 6. Flam. Paris. de resign. lib. 4. q. 9. nu. 4. Aloys. Riccius, p. 5. collectan. 1629. Barbos. in d. c. fin. nu. 4.*

67 Fuera de que aun el Clerigo mayor de catorze años, a quien el derecho dà facultad en las causas espirituales de parecer en juyzio sin necessitar de curador, toda via le puede tener, y cõsen-

tir

tir para la administracion de sus rentas Eclesiasticas, porque el, *c.fin.de iudicijs in 6.* solo trata de los actos judiciales, y respeto de llos le haze solamente capaz sin estenderse al gouierno de los bienes, q̃ este es acto extrajudicial, y temporal, *ita probant Ancharr. Dominic. & Franc. in d.c.fin. Iuan Gutierr. de tutel. 3. p. c. 32. num. 3.* ibi: *Quartò considero, quòd decisio text. in d.c. si an num. de iud. lib. 6. & c. loquitur quoad actus iudiciales, non verò in administratione, & exactione bonorum, & redditum extraiudiciali, quæ quidem temporalis est, non verò spiritualis:* y asi no puede sacarse consequencia de vn caso para otro, y a este proposito aduierte *Cancer. lib. 2. var. c. 7. num. 7. &* 8. que vn fuero que ay en Cataluña, para que los menores hasta que tẽgan veinte años, no salgan de la tutela, se ha de limitar en los actos judiciales, deque habla, no en los demas, y que asi pueden testar en teniendo catorze años.

68 Y ay diferencia conocida entre los actos judiciales, y la administracion de los bienes, porque estos qualquier menor de veinte y cinco años, mayor de catorze los puede regir por si en caso que no quiera nombrar curador, *§ itẽ inuiti, inst. de curator. cum pluribus congestis a Vela disert. 2. n. 10.* pero los actos judiciales no los puede hazer por su autoridad, y està obligado a nombrar curador ad litem, y sino lo hiziere, se le ha de nombrar el juez de oficio, porque el juizio no sea illusorio, *l. 1. in fin. C. de in litem dan. de tut. c. causam, quæ vbi DD. de iudicijs, & probat Vela pluribus relatis, d. disert. 2. n. 48.*

69 De que resulta, que de poder el menor de 25. años, y mayor de 14. parecer en juyzio en las causas espirituales, *iuxt. d.c. fin.* no se puede hazer fundamento, para la administracion de sus bienes, y para que la tutela, y curaduria dellos no comprehenda las rẽtas Eclesiasticas, y asi vemos, que aunque conforme a la l. 47. de Toro se libra el menor por el matrimonio de la patriapotestad, no por esso se libra de la curaduria, porque lo primero le es fauorable, y lo segundo perjudicial, *Parlador. lib. 1. rer. quotid. c. 12. n. 5. & seqq. Sanchez in summa, lib. 4. c. 35. nu. 59 & pluribus relatis, Vela disert. 1. ex n. 63. cum seqq.* y al contrario, aunque por el Clericato, y Sacerdocio no se exime de la patriapotestad; pero aprouechale, para que de las rentas Eclesiasticas no goze el padre el vsufruto, *auth. Presbyteros la 2. C. de Episcop. & Cler. Abb. in c. indecorum, de ætat. & qualit. Cobarr. in cap. quia nos, de testam. num. 3. & 5. Anton. Gomez in l. 47. Taur. nu. 7.* de la mis-

ma

ma manera se ha de dezir, que el ser capaz el menor de parecer en juyzio en las causas espirituales, le es fauorable; pero no lo es el priuarle de que tenga curador, antes le seria muy nociuo, y quedaria sugeto a padecer engaños por la facilidad de la edad, *l.* 1. *ff. de minorib. Vela dissert.* 1. *ex num.* 73. *Cancer. lib.* 2. *var. cap.* 7. *nu.* 8. y assi de los autores, que hemos visto, no ay quien ponga en duda que el Clerigo, menor, pupilo, o adulto pueda tener tutor, y curador antes hazen presupuesto llano desso para otras questiones, *Bartol. in l.* 1. *num.* 5. *ff. de tutor. & curat. dat. ab his. Ruin. consil.* 89. *nu.* 1. *& per tot. vol.* 5. *Gutierr. de tutel.* 1. *p. c.* 1. *nu.* 32. *cum seqq. & c.* 16. *n.* 20. *&* 3. *p. c.* 32. *per tot.*

70 Finalmente, quando esto fuera disputable, y huuiera alguna opinion contraria, no podia serle de prouecho al Duque de Pastrana, porque siendo cierto, que la Princesa administrò, y percibio estos frutos a titulo de tutora, mem. nu. 11. quando en la consideracion del derecho, no lo pudiera auer sido, basta que se tuuiesse por tal, y que con efeto exerciesse la tutela, para quedar obligada ella, y sus bienes, como si en la verdad lo fuera. *text. expressus in l.* 1. *ff. de eo qui pro tutore, prouè curator. negotia gess. l.* 1. *C. eod.* y todos los priuilegios que competen al menor contra el verdadero tutor, los tiene contra el putatiuo hasta la tacita hipoteca, *glos. fin. in l. pro officio, C. de administr. tutor. l. dabimus,* §. 1. *iuncta glos. ff. de priuileg. credit. Aretin. cons.* 19. *Negusant. de pignorib. in* 2. *p. princip. membro* 4. *num.* 7. *Baeça de decim. tut. c.* 20. *nu.* 3. *Gutierr. de tutel. p.* 2. *c.* 17. *n.* 17.

71 Particularmente auiendo la Princesa acetado la tutela no solo por nombramiento del Principe su marido, sino de orden, y con aprobacion de su Mag. con lo qual se auia suplido qualquiera nulidad, y defeto, *argument. text. in l.* 1. §. *Pomponius, ff. quod falso tut. gest. est,* ibi: *Tunc enim valebit, per prætoris tuitionem faciunt. glos. in c. veniens de transact. verb. confirmandum. & tradita a Cabed. decis.* 77. *nu.* 1. *p.* 2. y auiendo interuenido la autoridad suprema del Principe en dicha administracion, no puede ser defraudado don Diego de Silua, ni el Duque de Hijar su heredero, *iuxta. text. in l.* 1. *C de his qui veniam ætat. impetr. Roman. in l.* 1. §. *liberos, nu.* 10. *ff. de in*

ius

ius voc. & alij Relati a Ioseph Vela, dict. dissert. 2. numer. 13.

72 Con lo dicho queda desuanecida la alegaciõ, de que los frutos de la Encominda no pudieron por ser Eclesiasticas cõprehenderse en la tutela, y en qualquier acontecimiento, era muy voluntaria, y sin prouecho esta defensa, porque quando no recayessen en la tutela la Princesa, no tuuo derecho a ellos, y auiendolos percibido en nombre de su hijo se los deuia restituir, ex supra dictis, num. 53.

Articulo Tercero.

73 Reconociendo esto el Duque, se pretende librar por otros medios: vno es dezir, que los gastos, y alimentos, que la Princesa de Eboli hizo con don Diego de Silua su hijo, dadiuas, joyas, y tapicerias, que se supone auerle dado, y la cantidad, que vno, y otro puede importar, se ha de compensar con los frutos de la Encomienda, sobre que es este pleyto, a que se responde, que esta compẽsacion està vencida, y sobre ella tiene el Duque de Hijar en su fauor diferentes executorias, como tiene alegado, y consta del processo, y se aduierte en lo adicionado por su parte al num. 150. del mem. porque en el pleyto litigado entre las mismas partes, sobre la legitima del dicho don Diego de Silua, cuya demanda continuò el Duque de Hijar su hijo, vna de las excepciones principales que se opusieron, fue la compẽsacion, que aora se pretende, y se articulò lo mismo, y todauia se dieron sentẽcias de vista, y reuista en el Consejo, por las quales fuerõ condenados los bienes, y rentas del mayorazgo de Pastrana, para que dellos se pagassen 100U. ducados de la legitima del dicho don Diego, y se absoluio al Duque de Pastrana, y su mayorazgo de los reditos, e interesses de los dichos 100U. ducados, y tambien fue absuelto el dicho don Diego, y el Duque de Hijar su hijo de los gastos hechos por la dicha Princesa contenidos en aquel pleyto, y se mandò quedassen compensados cõ los dichos reditos, e nteresses de los 100U. ducados de la legitima, y de los 1500U. ducados contenidos en la demanda.

Des-

 159

74 Despues auiendose despachado carta executoria destas sentencias, se pidio su execucion ante el señor don Antonio de Valdes por el Duque de Hijar, y auiendose opuesto el de Pastrana, y alegado que se deuian recibir en quenta de los 100U. ducados las partidas de dinero, joyas, y otros bienes, que la Princesa auia dado a don Diego de Silua su hijo, y que auian de seruir para la paga de su legitima, y que no se comprehendian en la compensacion hecha en la executoria con nombre de gastos, por auer sido donaciones, y que los gastos solamente se deuian referir a lo gastado en la casa del dicho don Diego jornadas, y pleytos, despues de auer articulado esto, y presentado para su probança los mismos memoriales de partidas, que en este pleyto el señor don Antonio de Valdes pronunciò sentencia, en que entre otras cosas declarò no auer lugar recibirse en cuenta, ni compensarse las joyas, marauedis, vestidos, donaciones, y demas dadiuas, que

75 pretẽdia el Duque de Pastrana. ¶ Apelaron ambos Duques dela sentẽcia cada vno respectiue, y auiendose buelto a alegar por el de Pastrana lo mismo que ante el señor don Antonio, concluso el pleyto en el Consejo, y hecha relacion del, se pronunciò sentencia, que en quanto a la compensaciõ, de que se trata, dize assi,

76 *En quanto a la segunda partida de las joyas, dinero, menaje de casa que por la dicha sentencia el dicho señor don Antonio declarò no auer lugar, ni que las recibiesse en cuenta, ni compensasse el dicho Duque de Hijar conforme a la pretension del dicho Duque de Pastrana, se manda que por todas las dihas pretensiones se hagan buenos, y reciban en cuenta al dicho Duque de Pastrana 15U. ducados, y en quanto a esto se reuoca la dicha sentencia, y en lo demas se confirma.*

Y presupuesto este hecho, que es llano, no se puede negar

77 que el Duque de Pastrana està vencido en las pretensiones, que oy nueuamente deduce, pues en la primera executoria, segun su misma inteligencia, y lo que alegò despues en su execucion, quedaron compensados con los interesses, y reditos de la legitima los gastos, y alimentos, y en la segũda executoria las donaciones, joyas, y vestidos que la Princesa dio a su hijo don Diego; y se declarò finalmente, que por todas

las

las pretenſiones ſe recibieſſen en cuenta al Duque de Paſtrana 15ʒ.ducados.

78 Con lo qual, y ſiendo conſtãte, que los memoriales de gaſtos, dadiuas, joyas, y demas partidas, de que ſe pretende aprouechar el Duque de Paſtrana, ſe compulſaron de aquellos pleytos para preſentar en eſte, y todo es vna miſma coſa, como ſe aduierte en lo adicionado por parte del Duque de Hijar al nu.150.del mem. vanamente ſe pretende aora ſegunda compenſacion de lo que eſtà ya compenſado, y paſſado ex eo, *quia ſemel compenſatum, & ſolutum iterum ſolui non debet, l.bona fides, ff.de regul.iur. C.bona fides, eod.tit. Aflict.deciſ.250. num.19.in fin. Cephal.conſil.189.nu.24.lib. 2. Flam. Chartar. deciſ.30.n.5. Et quia quæcunque actio ſemel ſolutione, vel aliter extincta nõ reuiuiſcit, l.qui res, §.areã, ff.de ſolut.l.eius qui, §.fin. ff.de iur.Fiſc.& plures relati a Surd.deciſ.266.n.5.* y porque ſiẽdo materia juzgada tantas vezes por el Conſejo no ſe puede boluer a poner en controuerſia, y le obſta al Duque de Paſtrana la coſa juzgada por concurrir en ella todas las identidades de auerſe litigado aquellos pleytos entre las miſmas perſonas, por las miſmas coſas, y partidas, y por la miſma cauſa que aora, *ex l.cum quæritur cũ ſeqq.ff.de except.rei iud.*

79 Otro medio, de que el Duque de Paſtrana ſe vale, es dezir que por lo menos ſe le ha de deſcontar la dezima de todo el tiempo que fue tutora la Princeſa de Eboli de don Diego ſu hijo, pero eſta pretenſion ſe deſuanece facilmente, porque ſiendo, como tiene alegado, y reconocido el Duque de Paſtrana, frutos Ecleſiaſticos los de la Encomiẽda, no ſe deue de ſu tutela, ni adminiſtracion dezima alguna, *ita reſoluunt Baeça de decim.tut.c.24.nu.1.& ſeqq.Iuan Gutierr.de tutel.3.p.c. 32.per totum.*

80 Vltimamente pretende el Duque de Paſtrana, como heredero del Principe Rui Gomez, y ſuceſſor en ſus mayorazgos, que es acreedor a los bienes de la Princeſa por los bienes libres, que quedarõ del Principe, cuyo valor ſupone deuio emplear en la paga de las legitimas de ſus hijos, y en beneficio del mayorazgo, y por las deterioraciones del, que dize causò la Princeſa, y por otras cantidades, que cobro de ſus frutos, y rentas, que ſe refieren, mem.deſde el num.57.y por to-

das

das estas cantidades dize el Duque, que se ha de preferir al de Hijar, como acreedor de mejor derecho.

81 Pero esta pretension no tiene fundamento, porque el supuesto, que se haze, de que la Princesa tuuo obligaciō a emplear en beneficio del mayorazgo los bienes libres del Principe Rui Gomez, no es cierto; y porque quando dellos enagenara algunos, pudo hazerlo por la mitad de gananciales, que le pertenecia, *l. 2. 3. 4. & 5. titul. 9. lib. 5. Recop.* y en duda se ha de presumir, que qualquiera enagenacion que hiziesse, seria por este titulo, y en su nombre propio, *l. Ttium, & Mauium, §. præfectus, ff. de admini st. tut. l. & magis ff. de solut. Bart. Bald. Salicet. & alij in l. 2. C. pro socio, Matienç. in l. 2. glos. 1. num. 14. tit. 9. lib. 5. Recop.* y era necessario prouarse, que las enagenaciones se auian hecho, como administradora, o tutora de sus hijos, de otra manera las que hizo por su derecho propio, no la pudieron dexar obligada, *Surd. decis. 271. nu. fin. & alijs relatis, probat Noguerol. aleg. 1. num. 12. & 41.*

82 Fuera de que tambien pagò muchas deudas de su marido a que ella no estaua obligada, ni sus bienes, *l. 7. tit. 3. lib. 5. Recopil. vbi Matienç. glos. 1. nu. 2. Ioan. Garc. de coniug. acquæst. nu. 146. Aiora de partition. 1. p. c. 8. n. 12* y porque el Principe en su testamento mandò que se pagassen sus deudas de los propios bienes suyos, mem. nu. 66. & 67. y la Princesa hizo otras mejoras en el mayorazgo, que importò vno y otro 106. quētos 941U302. marauedis, cuya cantidad excede a las que el Duque de Pastrana deduze, como consta por vna certificacion de los Contadores de la Princesa dada el año de 1580. que està en la pieça 2. del pleyto, aunque se omitio en el memorial, como se aduierte en lo adicionado a el por parte del Duque de Hijar al num. 84. y que se deua fee a esta certificacion, no puede dudarse, assi por estar comprouada con testigos con abono, y conocimiento de los Contadores, como porque por el mismo Duque de Pastrana estan abonados, y hecho probança, sobre que se les daua

fee, y credito, como està notado tambien al dicho n.84. con que no puede inpugnar su mismo abono, y reconocimiento, *ex reg. l. generaliter, C. de nonnumerata pecun. cum similib.* y regularmente a certificaciones de Contadurias de personas illustres se deuê fee, *glos. in Clem.* 1. *§. cæterum, de vsur. DD. in l. ad monendi, ff. de iur. iur. Genua de script. priuat. lib. 4. ex n. 95.*

83 Otro genero de partidas se compone de muchos poderes, que dio la Princesa para la cobrança de diferentes efetos, mem. nu. 60. en que se aduiertē dos cosas. La vna que estos poderes no prueuan, sino se ajusta, que las cobranças, que en su virtud auian de hazerse, tuuieron efeto. La otra que auiēdo la Princesa quedado por vsufructuaria del mayorazgo, y de otros bienes, que el Principe dexò fuera del, mem. num. 56. y 69. qualesquier cobranças, que hiziesse auian de ser por su propio derecho, y para si misma, con que no ay derecho, ni accion por esso cō tra sus bienes, que es lo que dixo muy al proposito Surdo en la decision alegada 271. num. 9. & 10. ibi: *Nam D. Eques non gesit, aut administrauit bona prædicta tanquam pater, vel tanquam bona filiorum, sed tanquam hæres, & tāquam bona essent propria, ideo nulla est contracta obligatio.*

84 Otra partida es de deterioraciones, que segun supone el Duque de Pastrana, hizo la Princesa al mayorazgo, que possee, para lo qual se vale de diferentes escrituras, que se refieren, mem. desde el num 70. y por ellas mismas se desuanece el intento, porque vnos juros de Galicia, y Huete, siruieron para pagar la dote de doña Ana de Mendoça, hija de los Principes, que casò con el Duque de Medinasidonia, y esta enagenaciō se hizo en virtud de facultad, mem. num. 71. con que no se puede hazer cargo della: vna renta de trigo, y ceuada sobre las tercias de Alcala, que redimio el Marques de Poça, se depositò para boluerse à emplear por autoridad de justicia en el Marques de Auñon, sin entrar en poder de la Princesa, mem.

mem.num.73.y aſsi contra el Marques,y no contra ella puede auer accion,quando el empleo no ſe huuieſſe hecho: vn juro ſobre la caſa de la moneda de Toledo, de que ſe le pretende hazer cargo, no eſtà comprehendido en el mayorazgo,como ſe aduierte,mem.num.75. y ſu enagenacion ſeria por el derecho propio de gananciales,vt ſupra nu.81.ni el cenſo, que ſe impuſo ſobre Eſtremera,y Valdarezete de ſeſenta y cinco mil marauedis de renta le impuſo la Princeſa,ſino don Franciſco de Mendoça,mem.num.78.y 79. Otra venta de vnas caſas,conſta que no fueron del mayorazgo,mem.num. 84.y de la miſma calidad,y aun con menor color de deterioraciones,ſon otras partidas que ſe refieren,mem.deſ de el nu.85.

85 Pero quãdo ſin perjuizio de la verdad huuiera algunas deterioraciones,por razon dellas no podia el Duque de Paſtrana tener accion contra los bienes de la Princeſa en competencia del de Hijar,cuyo derecho es de mejor calidad,y deue ſer preferido a otro qualquiera , porque le compete accion hipotecaria contra dichos bienes por la adminiſtracion,y tutela de don Diego de Silua ſu padre,aunque reſpeto de los frutos de la Encomienda no huuieſſe la Princeſa ſido verdadera tutora . ſino que los huuieſſe adminiſtrado a titulo de ſerlo,*gloſ. in l. pro officio,C.de adminiſtr.tut.l.dabimus,§ 1.ff.de priuileg. credit. Gregor.in l.23.tit.13.p.5.Surd. de alim. tit. vltim. q. 44. num.6.Gutierrez qui alios plures refert.de tutel.p. 2. c. 16. n.13.& c.17.& ſupra notauimus,nu.70.*

86 Y por las deterioraciones del mayorazgo no tiene el ſucceſſor,ni le compete tacita hipoteca,porque eſta no ſe induce,ſino en los caſos expreſſados por derecho, *gloſ. in l.2.verb.a priuilegio,ff. de priuil.cred. Surd. deciſ. 30 nu.9. & deciſ.271.nu.10. Mantica de tacit.conuet.lib.11.tit. 12. Noguerol.alleg.1.n.4.& 5.*vbi,& per totam allegationẽ, prueua con muchos fundamentos,que no compete tacita hipoteca por las deterioraciones del mayorazgo,y alli

ſa-

satisface doctamẽte, y exprofesso a *Thesauro lib. 2. q. forẽs. q.* 84. q̃ fue de contraria opinion, y a los que le siguieron.

87 De donde resulta la ventaja, que haze el derecho del Duque de Hijar al de Pastrana, quando tuuiera alguno, pues es cierto, que el acreedor hipotecario es preferido al que no lo es, *l. eos, C. qui potior. in pign. habeãt. cũ similib.*

88 Y la hipoteca tacita, que compete al Duque de Hijar tiene principio desde el dia, que la Princesa acetò la tutela de don Diego su padre, *glos. in d. l. pro officio, C. de administrat. tut. l. 23. tit. 3. p. 5. Gutierr. de tutel. p. 2. cap. 16. n. fin.* y auiẽdo sido su acetaciõ, y discernimiẽto, el año de de 1573. mem. num. 9. no se hallarà escritura de las presentadas por el Duque de Pastrana, que no sea posterior, como lo son tambien las renunciaciones de legitimas de los hijos de la Princesa, de que se haze relacion, mem. desde el n. 88. cõ lo qual aun caso negado, que vnos, y otros creditos fueran hipotecarios, se auia de preferir el del Duque, como mas antiguo, *l. 2. §. qui balneum, l. potior* 11. *ff. qui potior. l. 2. C. eodem, cùm aliјs congestis a Rodrig. de concurs. credit. 2. p. art. 1. per tot.*

89 En quanto a los 16ʋ. ducados, en que la sentencia de vista condenò los bienes libres del Principe Rui Gomez, para que se paguen al Duque de Pastrana, y al mayorazgo de Melito, se aduierte que la fiança, que el Principe hizo al Duque de Francauila, y de que se compone esta partida, no fue mas que de ocho mil ducados, y en esta sola cantidad fiò el Principe a su suegro, como claramente muestra, mem. nu. 82. y en lo adicionado al nu. 50. y assi quando parezca justo el confirmar la sentencia, solo ha de ser en los dichos 8ʋ. ducados, y no en mas.

90 Concluimos, pues con que todos los generos de partidas, de que se vale el Duque de Pastrana, se hazen sospechosas, por auerlas callado tãto tiempo sin valerse dellas en los pleytos, q̃ ha tenido cõ el Duque de Hijar, ni auerse deducido en los que tuuieron los padres de ambos, y assi està contra ellas la presumpcion: *Nec enim debebat tã*

mag-

magnam rem tandiu retinere, vt dixit textus in l. si quis forte, §. 1. ff. de pœn. & faciũt tradita a Menoch. lib. 5. præsump. 20. nu. 39. imo que estan prescritos estos derechos (caso q̃ los huuiera auido) con tan largo transcurso de tiempo, sin que se pueda replicar que se vale dellos el Duque de Pastrana para defenderse, y en fuerça de excepcion, porq̃ aunque fuesse esto asi, no se excluye la prescripciõ, pues si fueran ciertos dichos derechos en forma de accion, los pudiera auer intentado contra los bienes libres de los Principes, pidiendo se les nombrasse vn defensor, como oy se ha hecho en este pleyto, con que tiene lugar la limitaciõ de la regla, scilicet que, *annalia, vel temporalia ad agendum sunt temporalia ad excipiendum, de qua in l. pure, §. fin. ff. de doli except.* porque se entiende quando el que se vale de la excepciõ no pudo antes valerse della, ni proponerla en juyzio, principaliter agẽdo, *Ioan. Gutier. lib. 1. pract. q. 96. n. 3. Ant. Gom. tom. 2. c. 6. n. 6. Barb. axiom. 28.*

91 Con lo qual parece, que se deue seruir el Cõsejo de enmendar la sentencia de vista, en quanto a la reserua que hizo destas pretensiones para la liquidacion de la carta executoria, y en quanto a la reserua de la prelacion, determinando vno, y otro desde luego. Lo vno, porque ambas partes tienen pedido esto mismo, mem. n. deseando acauar de vna vez con tan prolijos pleytos, y auiendo conformidad de partes, parece mas justo, pues como dize el texto *in l. 1. §. deinde quæritur, ff. de noui op. nunt.* ibi: *Quid enim aluid agebat prætor, quàm vt controuersias eorum dirimeret, àquibus, si spõte receserunt, debebit id ratum habere.* Lo segundo, porque està ajustado el poco fundamento de las pretensiones del Duque de Pastrana, y no se deue formar nueuo pleyto sobre ellas, que solo sirua de gasto, y y vejacion alas partes, *iuxta textum in l. si is, à quo 3. ff. vt in posses. legat.* ibi: *Hodie cõstat, hodie agamus, l. hæc stipulatio 14. §. Diuus quoque, ff. vt leg. nom. caueat.* ibi: *Per quam iniquum esse super vacua cautione onerari hæredẽ.* Y finalmente, si en qualquier acontecimiento de ser cier-

tas, o no, estas pretensiones, ha de preferir a ellas el credito del Duque de Hijar, como hipotecario, y anterior se viene a reduzir la controuersia a vn punto de derecho llano, y en estos terminos no se admite reserua: *Quia exceptiones, & allegationes iuris non reseruantur, Bald. in l. post quam liti, n. 8. C. de pactis, Bursat. cons. 291. n. 4. lib. 3. Cancer. lib. 3. var. c. 18. n. 94. & 95. & conducunt tradita a Giurb. decis. 21 per tot.* Y assi la justicia del Duque de Hijar parece clara, Salua, &c.

H. L. Ant. Lopez
de la Serna